



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: 771/01

RECURRENTE: D. JOSE MANUEL BLANCO PEREZ y D^a. MARIA PILAR CHAO GOMEZ

PROCURADORA: D^a. MARGARITA ROZA MIER

RECURRIDO: CONSEJERIA DE SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

REPRESENTANTE: SR. LETRADO DEL PRINCIPADO

CODEMANDADO: D. CELSO FERNANDEZ GOMEZ

PROCURADOR: D. IGNACIO SAL DEL RIO RUIZ

CODEMANDADO: CONSEJO GRAL. DE COLEGIOS DE FARMACEUTICOS DE ESPAÑA

PROCURADOR: D. LUIS ALVAREZ FERNANDEZ

CODEMANDADO: PLATAFORMA EN DEFENSA DEL MODELO MEDITERRANEO DE FARMACIA

PROCURADORA: D^a. PATRICIA GOTA BREY

CODEMANDADO: COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE VALENCIA

PROCURADORA: D^a. PATRICIA GOTA BREY

CODEMANDADO: ASOCIACION NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCION

PROCURADORES: D. RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO

SENTENCIA n° 1264/10

Ilmos. Sres.:

Presidente:

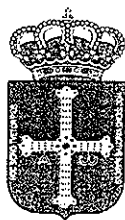
D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. Francisco Salto Villén

D. José Ignacio Pérez Villamil



PRINCIPADO DE ASTURIAS

En Oviedo, a once de noviembre de dos mil diez.

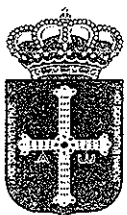


La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 771/01, interpuesto por D. José Manuel Blanco Pérez y D^a. María del Pilar Chao Gómez, representados por la Procuradora D^a. Margarita Roza Mier, actuando bajo la dirección Letrada de D. Diego Cueva Díaz, contra la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, representado por el Sr. Letrado del Principado, siendo codemandados D. Celso Fernández Gómez, representado por D. Ignacio Sal del Río Ruiz; el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España, representado por el Procurador D. Luis Álvarez Fernández; la Plataforma en Defensa del Modelo Mediterráneo de Farmacia y el Colegio Oficial Farmacéuticos de Valencia, representados ambos por la Procuradora D^a. Patricia Gota Brey y la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, representado por el Procurador D. Rafael Cobián Gil-Delgado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Chamorro González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada, representada por el Procurador Sr. Sal del Río Ruiz, para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 23 de noviembre de 2005, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Una vez formuladas conclusiones por la partes personadas, por Auto de fecha 30 de noviembre de 2006 se plantea incidente prejudicial, personándose con posterioridad a dicho planteamiento el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España, representado por el Procurador D. Luis Alvarez Fernández; la Plataforma en defensa del modelo Mediterráneo de Farmacia, representado por la Procuradora D^a. Patricia Gota Brey; el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, representado por la Procuradora D^a. Patricia Gota Brey y la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, representado por el Procurador D. Rafael Cobian Gil-Delgado.

SEPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día nueve de noviembre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de los Tribunales Sra. Roza Mier, en nombre y representación de D. José Manuel Blanco Pérez y D^a. María del Pilar Chao Gómez, se interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento ordinario, contra el Decreto 72/2001, de fecha 19 de julio, por el que se regulaba las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, del que dio traslado a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Que como principales argumentos impugnatorios, sostenía la parte recurrente que la resolución impugnada no era conforme a derecho por cuanto que consideraba que distintos preceptos del Decreto 72/2001, de 19 de julio, por el que se regulaba las oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias infringían normas de rango jerárquico superior.

En primer lugar se cuestionaba la disconformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto en la medida que establecían determinados módulos poblacionales para obtener la autorización de apertura de una oficina de farmacia. En los mismos preceptos se fijaban distancias mínimas entre las distintas oficinas de farmacias lo que también consideraba contrario a derecho. En concreto se invocaba la infracción de los artículos 35 y 36 de la Constitución que reconocen el derecho y el deber de trabajar, la libre elección de profesión y la libertad de empresa, así como la conculcación del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la medida que dicho precepto establece, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, la prohibición de las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Este precepto del TFUE añade que dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

Se impugnaban asimismo los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 en cuanto instauraban un sistema de concurso público para el otorgamiento de autorizaciones para la apertura de Oficinas de Farmacia que se consideraba contrario al sistema de

reparto competencial establecido en la Constitución y que veda a las Comunidades Autónomas la regulación del ejercicio de profesiones.

También eran objeto de impugnación los artículos 8, 9.e y 9.2 del mencionado Decreto en la medida en la que establecían una regulación de la tasa para participar en los ya meritados concursos para la apertura de nuevas Oficinas de Farmacia de una forma excesiva y arbitraria, y contraria al artículo 26.a de la Ley General Tributaria de 1963, entonces vigente, así como a lo prevenido en la ley 8/89, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Se impugnaba también el anexo en el que se incorporaban los méritos a valorar, impugnación que se circunscribía a la experiencia profesional de aquellos titulares que hubieren cedido la Oficina de Farmacia de la que eran titulares, el diferente criterio de valoración del periodo de experiencia profesional según se hubiera regentado una oficina en un núcleo de población mayor o menor a 2800 habitantes y el trabajo desarrollado por un farmacéutico titular de una oficina de Farmacia Veterinaria.

Por su parte, la Administración Pública demandada, en este caso representada a través del Sr. Letrado del Principado, así como la parte codemandada personada en autos, representada por el Procurador Sr. Sal del Río Ruiz, contestaron en tiempo y forma oponiéndose y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente.

TERCERO.- Es necesario destacar como en la tramitación de este procedimiento esta Sala acordó, con fecha 22 de octubre de 2007, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objeto de determinar la conformidad de los preceptos impugnados y contenidos en el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias con el ordenamiento comunitario, cuestión que fue planteada a instancia de la parte recurrente y que dio lugar a que el TJCE, reunido en Gran Sala, dictara sentencia con fecha 1 de julio de 2010, en donde el fallo señalaba que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, que impone

límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que:

- en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes;
- tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes, y
- cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias preexistentes, que es, por regla general, de 250 metros.

Sin embargo, y según el fallo de esa sentencia, el artículo 49 TFUE se opone a tal normativa en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Asimismo el fallo de esta sentencia añade que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias.

La decisión de la Gran Sala del TJCE condicionará la decisión que esta Sala de lo Contencioso Administrativo debe de adoptar resolviendo el litigio planteado, pero

sin duda también se debe dar respuesta al resto de las pretensiones articuladas en el escrito de demanda y referidas además a otros preceptos y a otras cuestiones distintas.

Efectivamente el Derecho de la Unión, tanto el originario como el derivado, genera derechos subjetivos para los ciudadanos de los Estados miembros al igual que obligaciones directas o de resultado para los propios Estados miembros. No es necesario que en este momento se recuerden los principios básicos sobre los que pivota el Derecho de la Unión, la primacía y el efecto directo, que desde la ya lejana sentencia SIMMENTHAL, de 9 de marzo de 1978, As106/77, suponen el basamento fundamental para la eficacia del Derecho Comunitario, ahora Derecho de la Unión. Los Jueces nacionales deben actuar como Jueces comunitarios aplicando ese Derecho de la Unión, con el consiguiente efecto directo y con la primacía del mismo, y precisamente en aras de la tutela de esos derechos de raigambre comunitario que también le corresponde tutelar, debe de asumir el contenido de la jurisprudencia del TJCE como fuente de ese Derecho de la Unión sobre todo cuando trae causa en una cuestión prejudicial planteada por esta Sala, precisamente por las dudas que en su momento se planteaban en orden a la aplicabilidad de unas normas de Derecho interno eventualmente contrarias al Derecho de la Unión.

Así las cosas procederemos a una resolución sistemática y ordenada de las cuestiones planteadas.

CUARTO.- En efecto, este Órgano Judicial tras valorar con detenimiento las alegaciones formuladas por las partes litigantes en este proceso, debe manifestar que en relación a los artículos 2 y 4 del Decreto impugnado, los mismos traen causa en un sistema de apertura de Oficinas de Farmacia que se basa en una adecuada garantía de prestación de la asistencia farmacéutica a la población, planificando y ordenando la apertura de nuevas oficinas de farmacia. Esta planificación se contiene tanto en el artículo 103 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, como en el artículo 2 de la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de oficinas de farmacia, normas éstas en las que se fundamenta la regulación del Decreto impugnado. De acuerdo con estas previsiones, a las que se unen especialmente los artículos 2 y 4 del Decreto litigioso, es la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias la

competente para organizar y ordenar la adecuada prestación del servicio farmacéutico a la población, planificando la apertura de Oficinas de Farmacia. En el Derecho de la Unión, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales, y en concreto el artículo 45, el ejercicio de las actividades profesionales del farmacéutico, relacionando la misma con el derecho a la salud y a una adecuada prestación del servicio asistencial farmacéutico a la población. La sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010 señala (apartados 93 y 94) que con arreglo al artículo 168 TFUE, apartado 7, precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36, el Derecho de la Unión no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar servicios sanitarios, tales como las oficinas de farmacia. No obstante, al ejercitar su competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que estas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria (véanse, en este sentido, las sentencias Hartlauer, antes citada, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-0000, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-0000, apartado 18). No obstante, a la hora de apreciar el respeto de dicha obligación, hay que tener presente que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07, Rec. p. I-6935, apartado 51, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 19).

Junto a esto es evidente que el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece una libertad de establecimiento, de forma tal, que prima facie, han de evitarse restricciones a esta libertad de establecimiento. Así han de

considerarse restricciones, una normativa nacional que supeditase el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente. En efecto, dicha empresa podría verse obligada, por una parte, a soportar las cargas administrativas y financieras adicionales que implica cada expedición de tal autorización. Por otra, el sistema de autorización previa excluye del ejercicio de una actividad por cuenta propia a los operadores económicos que no respondan a exigencias predeterminadas cuya observancia condiciona la expedición de esa autorización (véase, en este sentido, la sentencia Hartlauer, apartados 34 y 35). El propio TJCE llega a la conclusión que una regulación como la impugnada, y contenida en los art. 2 y 4 del Decreto asturiano, en la medida que establece unos límites basados en núcleos de población y distancia para ejercer la actividad económica relacionada con la dispensación de fármacos, constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE y así lo establece el apartado 60 de la sentencia. También es cierto que el apartado 61 de esta misma sentencia señala que según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias, antes citadas, Hartlauer, apartado 44, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 25). El apartado 70 de la sentencia reitera que es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los establecimientos e infraestructuras sanitarios pueden ser objeto de una planificación. Ésta puede comprender una autorización previa para el establecimiento de nuevos prestadores de asistencia, cuando resulta indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias y para evitar una duplicidad de estructuras, de forma que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y que tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa (véanse, por analogía, las sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartados 76 a 80; de 16 de mayo de

2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325, apartados 108 a 110, y Hartlauer, antes citada, apartados 51 y 52) para añadir en los apartados 72 y 73 que existen aglomeraciones que pueden ser percibidas por numerosos farmacéuticos como muy rentables y, en consecuencia, más atractivas, como las situadas en las zonas urbanas. En cambio, otras partes del territorio nacional pueden considerarse menos atractivas, como las zonas rurales, geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa.

En estas circunstancias, no puede excluirse que, a falta de toda regulación, los farmacéuticos se concentrasen en las localidades consideradas atractivas, de manera que algunas otras localidades menos atractivas no dispondrían de un número suficiente de farmacéuticos para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad.

En definitiva el TJCE no considera contrario al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento una normativa de un Estado miembro que limite la apertura de Oficinas de Farmacia, siempre y cuando se garantice de esa manera una adecuada prestación asistencial farmacéutica de la población.

Así lo concluye en los apartados 80 y 81 y 82 de la sentencia, que señalan que en estas circunstancias, un Estado miembro puede establecer requisitos adicionales destinados a impedir tal concentración, adoptando, por ejemplo, un requisito, como el de los asuntos principales, que impone distancias mínimas entre las farmacias.

En efecto, este requisito permite, por su propia naturaleza, evitar tal concentración y, así, distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada.

Asimismo, el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada.

En todo caso se plantea el TJCE si una normativa como la cuestionada por esta Sala a través de la cuestión prejudicial es o no contraria al Derecho de la Unión,

planteando si esa limitación por módulos poblacionales o por distancias persigue de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad. En este sentido la sentencia de 1 de julio de 2010 de la Gran Sala señala que esos dos requisitos, la población y la distancia, pueden garantizar un racional y adecuado servicio asistencial farmacéutico si valoran elementos geográficos ordinarios, pero ciertamente referidos a valores medios y a indicaciones de carácter global lo que no permitiría tener en consideración determinadas zonas con particularidades demográficas. La propia sentencia se refiere en su apartado 97 a determinadas zonas rurales cuya población esta normalmente dispersa y es menos numerosa, al señalar que esta particularidad puede llevar a que, si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta, algunos habitantes interesados se encontrarían fuera del alcance local razonable de una farmacia y se verían así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica. Lo mismo acontece en relación al criterio de la distancia mínima, ya que podría dar lugar a que no se garantizase un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica. En efecto, en tales zonas, la densidad de la población alrededor de una farmacia puede sobrepasar claramente el número de habitantes determinado de modo global. En estas circunstancias específicas, la aplicación del requisito de la distancia mínima de 250 metros entre las farmacias podría dar lugar a una situación en la que el perímetro previsto para una única farmacia incluyera a más de 2.800 habitantes –o incluso a más de 4.000 habitantes en el supuesto contemplado en el artículo 2, apartado 3, de la Ley 16/1997. En consecuencia, no cabe excluir que los habitantes de las zonas de tales características puedan encontrar, debido a la aplicación estricta de la norma relativa a la distancia mínima, dificultades para acceder a una farmacia en condiciones tales que permitan garantizar una atención farmacéutica apropiada.

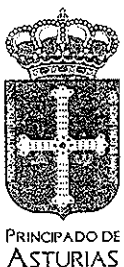
En estas circunstancias el TJCE señala en su sentencia, y además lo traslada a su fallo, que a fin de lograr de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar una atención farmacéutica apropiada en un caso como el descrito en el apartado 99 de la sentencia, las autoridades competentes podrían incluso verse obligadas a interpretar la norma general como una norma que no sólo permite conceder una autorización para la creación de una farmacia a una distancia inferior a los 250 metros en casos



excepcionales, sino siempre que la aplicación estricta de la norma general de los 250 metros pueda impedir que se garantice un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica.

De esta manera, considera el TJCE que corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las autoridades competentes ejercitan, en el sentido descrito en los apartados 98, 100 y 101 de la sentencia, la facultad que atribuyen tales disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada.

Así las cosas y a juicio de esta Sala, la decisión sobre la conformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto asturiano impugnado parece despejada. En efecto, el TJCE considera que solo sería conforme a Derecho, en este caso al Derecho de la Unión, esa regulación si se da una adecuada prestación asistencial a todas las zonas geográficas, incluso en las de circunstancias demográficas particulares, del servicio farmacéutico. Esta Sala analizando las alegaciones contenidas en el escrito de alegaciones presentado por los recurrentes con fecha 14 de julio de 2000, folio 780 de los autos principales, tiene dudas serias de que esto pueda ser así en el Decreto impugnado. Ya la propia sentencia del TJCE parece establecer con carácter general la necesidad de que la regulación de la apertura de Oficinas de Farmacias considere y valore esas circunstancias particulares. Ciertamente también, la sentencia de la Gran Sala considera que debe ser el Órgano Judicial nacional competente el que verifique si la regulación interna garantiza esa prestación. Esta Sala no rehúye su obligación, pero ciertamente también en el control de legalidad de las disposiciones de carácter general, como es el caso del objeto de este proceso, le está vedado expresamente por el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional, la determinación de la forma en la que ha de quedar redactados los preceptos de una disposición de carácter general dictados en sustitución de los que se anulen. La conclusión de lo anterior es que efectivamente, por razón del contenido de la sentencia del TJCE y del prolijo escrito de alegaciones de la parte recurrente ya referido, donde se analiza la estructura demográfica de todos los Concejos Asturianos, no es posible considerar conforme a Derecho los preceptos

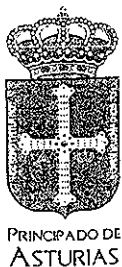




impugnados que deben ser anulados, siendo la Administración competente, la aquí demandada, la que deba establecer su contenido, en el ejercicio discrecional de su potestad reglamentaria, teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia y las de la del TJCE. Efectivamente la estructura poblacional del territorio de esta Comunidad Autónoma, con evidente abundancia de núcleos rurales dispersos y que es concretado en el escrito de alegaciones de la parte recurrente Municipio a Municipio, exige ese análisis, y la concreción de las consecuencias que se extraigan le corresponde a la Administración competente en el legítimo ejercicio de sus competencias.

Lógicamente sería viable un control judicial ulterior, sobre exclusivos parámetros de legalidad entre los que estaría la sentencia del TJCE, momento en el que eventualmente se haría efectiva la verificación final de que está adecuadamente garantizada la prestación del servicio.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la denunciada infracción por parte de los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto impugnado, del sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que diseñan los artículos 148 y 149 de la Constitución, al establecer un sistema de concurso público para la asignación de nuevas Oficinas de Farmacia, esta Sala entiende que no se conculcan los preceptos invocados. En primer lugar hemos de señalar que el Decreto impugnado no regula el ejercicio de ninguna profesión, sino el régimen de apertura de Oficinas de Farmacia, sobre la base de un sistema que pretende garantizar adecuadamente la prestación del servicio a través de la ordenación y planificación de la apertura, precisamente desde la libre concurrencia e igualdad de todos los aspirantes, lo que se garantiza a través del sistema de concurso público. El propio Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de septiembre de 2009 ha señalado que aun tras la Ley 16/1997 el sistema de concurso como forma de regular la apertura de oficinas de farmacia es perfectamente viable al ser esta Ley una continuación de la normativa anterior fundamentalmente el Real Decreto ley 11/96. En segundo lugar, porque el Decreto impugnado desarrolla las ya citadas previsiones de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de las



oficinas de farmacia, ambas normas de ámbito estatal y sectorial en relación, no al ejercicio de una profesión, sino a la apertura de oficinas de farmacia. En este sentido también es conveniente recordar que los licenciados de farmacia no tienen limitada su actividad profesional con carácter exclusivo a la dispensa de fármacos en Oficinas de Farmacia y Botiquines. Así pues, este motivo debe decaer.

SEXTO.- Por lo que respecta a la tasa que se exige por la participación en los concursos, hemos de comenzar señalando que la misma esta regulada en el Decreto Legislativo 1/98, de 11 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Tasas y Precios Públicos de Principado de Asturias y cuyo artículo 60.2 se refiere a las Tarifas de las Tasas por tramitación de procedimientos de autorización de Oficinas de Farmacias, norma ésta de rango legal cuya legalidad no es viable denunciar ni controlar en este proceso contencioso administrativo, insistiéndose en que el contenido del Decreto impugnado, ciertamente de carácter reglamentario, reitera lo contenido en aquella norma de rango legal. En todo caso esta Sala ya se ha posicionado en distintas ocasiones en relación con esta cuestión, bastando citar por todas lo contenido en la sentencia de 12 de febrero de 2003, dictada en el P.O. 2591-2592/2002, en la que en relación a la necesidad de liquidar una tasa por cada oficina petitionada decíamos que con independencia de la legalidad de la tasa exigida para concursar a cada una de las plazas establecida por disposiciones anteriores en las que se apoya la convocatoria impugnada, y que puede llegar a alcanzar la suma de 2.752.756 pts. (16.544,4 €) en atención al número de plazas a las que concurse, se planteó si la exigencia de la indicada tasa constituye una vulneración al derecho de igualdad.

Sobre este punto, a parte de otras consideraciones de escasa entidad, como que la convocatoria se haga conjunta o separada, posibilidad amparada por el artículo 8 del Decreto 72/2001, en cuanto que las tasas a abonar serían las mismas si concurriese a todas ellas, así como las posibilidades de conocer los aspirantes a las mismas para saber las probabilidades de acceder a alguna de ellas, el verdadero argumento que se aduce lo constituye la posible desigualdad por razones económicas por no respetar la capacidad económica de las aspirantes, así como en relación a otras Comunidades



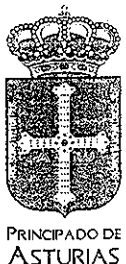
Autónomas en las se exigen unas tasas sensiblemente inferiores que oscilan entre las 10.000 y 15.000 pesetas (60.1 y 90.15 €).

En principio no cabe apreciar trato discriminatorio alguno en cuanto que a todos los aspirantes al concurso se les da un mismo trato, imponiéndoles la misma exigencia de pago de la tasa, sean o no residente de esta Comunidad Autónoma, dándose un trato igual a todos ellos sin causar ninguna desigualdad, situación que los recurrentes entienden que concurre por no apreciarse la situación o capacidad económica de los aspirantes para hacer frente al pago de dicha tasa, lo que les impide concurrir a la convocatoria, alegación que tampoco puede prosperar toda vez que no se trata de ningún trato desigual ante la Ley por razón de la capacidad económica, pues como dice el Letrado del Principado, se trata de una alegación genérica que no acredita respecto a que aspirantes pudiera afectar y cuando además la capacidad económica debe de considerarse para el pago de impuestos o para el sostenimiento de las cargas públicas, en tanto que ahora nos encontramos ante una tasa que trata de satisfacer el pago de los gastos ocasionados a la Administración, en la que no resulta discriminatoria, a efectos de igualdad ante la Ley, la disponibilidad de mayor o menor cantidad de dinero, ni afecta tampoco al derecho de igualdad la proporcionalidad de la tasa con el del coste del servicio que origina.

Así pues, tampoco este motivo impugnatorio puede prosperar.

SEPTIMO.- Nos ocuparemos a continuación de la impugnación del anexo del Decreto que contiene el baremo de méritos del concurso.

En este sentido también la sentencia del TJCE se refiere a los apartados 4, 6 y 7 letras a) y c) del mismo. La sentencia considera que los puntos 4 y 7 letras a) y b) no suponen ningún tipo de infracción del Derecho de la Unión. En efecto, por lo que se refiere a la alegación referida a la falta de equidad en el baremo de meritos para computar en el concurso publico en relación, por un lado, a los farmacéuticos que hayan sido titulares de una oficina de farmacia en una población superior a 2800 habitantes, de aquellos que lo hayan sido en una localidad de una población inferior,



considera esta Sala que se trata de un criterio no discriminatorio en la medida que parece atendible. El TJCE, en la ya varias veces referida sentencia de 1 de julio de 2010, se refiere a esta cuestión y así, tanto en los apartados 85 y 86, como en el 116, considera que uno de los motivos que permiten entender asumibles los criterios de módulo poblacional y de distancias en el otorgamiento de autorización para la apertura de Oficinas de Farmacia es precisamente el incentivo que supone para las zonas consideradas menos atractivas desde el punto de vista poblacional, es decir, de menos de 2800 habitantes, ser primadas con mayor puntuación, ante la perspectiva de poder ser recompensado ulteriormente con la concesión de otras licencias de instalación de nuevas Oficinas de Farmacia en poblaciones mayores. Este criterio aparece en el baremo en el apartado 7 b) como elemento para deshacer empates y en los apartados a) y b) del baremo que valora la experiencia profesional.

Sin duda, que las cosas sean de esta manera, hace que tampoco pueda considerarse disconforme a derecho el hecho de que se valoren de manera distinta los años o periodos de permanencia en uno u otro tipo de Oficina de Farmacia por razón del núcleo de población en el que radica. El argumento manejado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su sentencia de fecha 22 de mayo de 2001, que considera discriminatorio esa diferencia de trato, no puede ser compartida por esta Sala de acuerdo con la jurisprudencia de la sentencia del TJCE, a lo que debemos añadir que ese trato desigual se justifica precisamente en elementos racionales, cual es el incentivo en la adecuada cobertura de todos los territorios, para una óptima prestación del servicio, desigualdad que pretende fomentar esa circunstancia y que entra, en consecuencia, dentro de las exenciones que precisamente el Tribunal Constitucional ha declarado razonables o proporcionadas, citándose al efecto y por todas la sentencia 209/88, de 10 de noviembre.

Sin embargo la sentencia sí que plantea algún problema en relación con los puntos 6 y 7 apartado c) del anexo, en tanto en cuanto otorgan una diferente puntuación a los aspirantes por razón del lugar de obtención de los méritos profesionales. Considera la Sala que estos criterios privilegian en el proceso de selección a los farmacéuticos que han ejercido su actividad en una parte del territorio

nacional, y si bien es cierto que esta discriminación tiene mayores efectos frente a los nacionales del Estado miembro que implanta la normativa, no es menos cierto también que se extiende la desigualdad a farmacéuticos de otros Estados miembros, produciéndose una discriminación contraria al art. 49 del TFUE en relación con el artículo 1 apartados 1 y 2 de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45 apartado 2 letras e) y g) de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Así lo ha señalado, como decimos, la sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010. En consecuencia procede estimar el recurso en estos particulares, declarando disconformes a derecho estos apartados del baremo.

En relación a la otra alegación del recurrente fundada en que se hace una inadecuada valoración de la experiencia profesional de aquellos titulares de un establecimiento farmacéutico que hayan efectuado una cesión onerosa o gratuita, previa de la oficina, esta Sala no acierta a encontrar en el Decreto y en su baremo, ni tampoco en el escrito de demanda, la concreción del apartado del que se deriva esta consecuencia. El punto 4 del baremo deja sentada la imposibilidad de alegar meritos invocados en concursos anteriores lo que, a nuestro juicio, deja sin efecto la alegación del recurrente que entendemos que de ninguna de las maneras puede ser atendida.

Distinta suerte debe correr la alegación basada en la distinta valoración del trabajo desarrollado por los farmacéuticos titulares de Oficina de Farmacias Veterinarias y aquellos otros que prestan sus servicio en oficinas de farmacia que dispensan fármacos y medicamentos para seres humanos. Consideramos que la diferencia entre la protección de la salud de los ciudadanos y el ejercicio de las funciones de una farmacia veterinaria justifican el trato diferenciado que se da a una y otra experiencia. Aún en el supuesto de que haya fármacos con composiciones asimilables para unos y otros tratamientos, desde el punto de vista de la racionalidad de la decisión administrativa, que es la única que puede ser sometida a control de

legalidad, parece que los hechos determinantes concurrentes y ya expuestos, justifican esa diferencia de trato.

Así pues, y como consecuencia de todo lo anteriormente argumentado, debemos dictar una sentencia que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, declare la disconformidad a Derecho y la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 y 4 y apartado 6º del anexo del Decreto impugnado, todo ello de acuerdo con lo anteriormente expuesto en directa relación con el artículo 62.2 de la Ley 30/92 de PAC y RJAP.

OCTAVO.- Que como consecuencia de cuanto antecede es menester que se dicte una sentencia estimatoria parcialmente de las pretensiones instadas por la parte recurrente, sin que se impongan las costas devengadas en este proceso a ninguna de las partes litigantes, al no concurrir, las circunstancias al efecto previstas en el artículo 139 de la vigente LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES D^a. MARGARITA ROZA MIER, EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE D. JOSE MANUEL BLANCO PEREZ Y D^a MARIA DEL PILAR CHAO GOMEZ, CONTRA EL DECRETO 72/2001 DE FECHA 10 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS OFICINAS DE FARMACIA Y BOTIQUINES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DECLARANDO:

PRIMERO.- LA DISCONFORMIDAD A DERECHO Y LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 4 Y APARTADO 6º DEL ANEXO DEL DECRETO IMPUGNADO .

SEGUNDO.- NO HACER IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEVENGADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO A NINGUNA DE LAS PARTES LITIGANTES.

CONTRA LA PRESENTE RESOLUCIÓN CABE INTERPONER ANTE ESTA SALA, RECURSO DE CASACION EN EL TÉRMINO DE DIEZ DIAS, PARA SER RESUELTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.